

Por el Ayuntamiento de _____ se solicita informe relativo a la posibilidad de incremento de las tarifas correspondientes al servicio de suministro de agua potable.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de _____ solicita al Servicio de Asesoramiento y Asistencia a Entidades Locales (SAAEL, en adelante) informe jurídico, del siguiente tenor literal:

“En base a lo dispuesto en el artículo 36.1.b) de Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y con el objeto de aclarar algunas cuestiones en materia de personal en este Ayuntamiento, para actuar conforme a lo dispuesto legalmente, les planteamos las siguientes cuestiones para que las examinen, estudien y emitan un informe jurídico al respecto:

POR UNA PARTE: Este Ayuntamiento dispone de un contrato de servicio de concesión de la gestión, explotación y conservación del servicio municipal de agua potable, del municipio de _____ del año 2006 y una duración de 25 años con la empresa _____

POR OTRA PARTE: Dicha empresa solicita actualización de las tarifas de conformidad con las variaciones del IPC

Por todo ello se solicita informe sobre procedimiento a seguir por este ayuntamiento conforme la solicitud de la empresa, se adjunta documentación”.

El ayuntamiento acompaña a su solicitud la siguiente documentación:

- Escrito de la empresa, de fecha 2 de febrero de 2023, en el que propone un incremento de las tarifas en un 7% sobre los importes correspondientes a las tarifas vigentes que, según indica, se publicaron en el BOP nº _____, de ____ de _____ de _____.

- Un documento único, de 74 páginas, que comprende:
 - Pliego de prescripciones técnicas particulares para la contratación mediante concurso abierto de los trabajos de inspección y vigilancia de la ejecución del contrato de gestión del servicio de abastecimiento de agua potable (págs. 1 a 21 de 74),
 - Pliego de cláusulas económico-administrativas particulares (en adelante, PCAP), que habrán de regir en el concurso mediante procedimiento abierto para la concesión de la gestión, explotación y conservación del servicio municipal de agua potable del municipio de _____ (págs. 22 a 57, de 74),
 - Pliego de cláusulas administrativas para la contratación mediante concurso abierto de los trabajos de inspección y vigilancia de la ejecución del contrato de gestión del servicio de abastecimiento de agua potable (págs. 58 a 74, de 74).

A los anteriores antecedentes, y solicitado informe por órgano competente, le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La disposición transitoria 1ª de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), establece que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la citada norma se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

Considerando válidas las fechas referidas en la solicitud del contratista (facilitada por el ayuntamiento), el contrato se regirá por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCSP), cuyo artículo 94 dispone que *“los efectos de los contratos administrativos se regirán por la presente Ley, sus*

disposiciones de desarrollo y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares”.

SEGUNDO.- En concreto en relación con las prestaciones económicas de los contratos, señala el artículo 162 del TRLCSP, referente al contrato de gestión del servicio público, que *“el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato y a la revisión de las mismas, en su caso, en los términos que el propio contrato establezca”.*

El contratista, en su escrito, se refiere al punto 5 de la cláusula 3ª del contrato. Sin embargo, dicho documento no ha sido facilitado al SAAEL, ni el ayuntamiento cuestiona la veracidad de las afirmaciones del contratista. Tampoco disponen los firmantes de la ordenanza vigente, ni siquiera de las tarifas a modificar, ya que la publicación en el BOP que referencia el contratista en su escrito (BOP nº 249, del 31 de diciembre de 2021) corresponde a la aprobación inicial de la modificación de la ordenanza, pero no contiene el texto de la misma, que no ha sido posible localizar en los BOP posteriores.

En consecuencia de todo lo anterior, y considerando que la solicitud de informe por parte del ayuntamiento se refiere exclusivamente a al procedimiento a seguir para la actualización de las tarifas, se emite el presente informe atendiendo a la documentación disponible y la legislación vigente. Por este motivo, no se cuestiona el derecho del contratista a la revisión de las tarifas.

TERCERO.- En este sentido, el artículo 103 del TRLCSP dispone, en relación con la revisión de precios, que: *“El pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable y, en resolución motivada, podrá establecerse la improcedencia de la misma que igualmente deberá hacerse constar en dicho pliego”.*

La cláusula 14 del PCAP facilitado por el ayuntamiento preceptúa, en su apartado 2, la revisión anual de las tarifas durante los últimos veintidós años de la concesión, con la subida del IPC *“sí se mantiene el equilibrio económico”*.

El apartado 4 de esta misma cláusula, referente a la revisión de tarifas, exige en su punto dos lo siguiente: *“En todos los casos, el Concesionario redactará el correspondiente estudio de modificación de tarifas con la aprobación de éste, por parte de los Organismos competentes”*.

Es decir, que el procedimiento para la revisión de tarifas pasa por la emisión previa del informe correspondiente por parte del concesionario.

CUARTO.- Una vez se disponga del citado informe, la modificación de las tarifas ha de efectuarse a través de la de la correspondiente ordenanza, en relación con la que la cláusula 7.2 del PCAP facilitado por el ayuntamiento exige que se dé audiencia al concesionario en su redacción *“al solo objeto de recibir de éste las sugerencias que estime pertinente formular”*.

Si bien no se dispone del texto de la ordenanza a modificar, la publicación del BOP habla de la aprobación inicial de una *“ordenanza fiscal”*. Sin embargo, la LCSP introdujo en nuestro ordenamiento el concepto jurídico de la prestación patrimonial pública no tributaria (en adelante PPPNT). Para ello, la LCSP introdujo un nuevo apartado 6º en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, TRLRHL), con la siguiente redacción:

“6. Las contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la prestación de los servicios públicos a que se refiere el apartado 4 de este artículo, realizada de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta, tendrán la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario conforme a lo previsto en el artículo 31.3 de la Constitución.

En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión, sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 103 de la Ley de Contratos del Sector Público, las contraprestaciones económicas a que se refiere este apartado se regularán mediante ordenanza. Durante el procedimiento de aprobación de dicha ordenanza las entidades locales solicitarán informe preceptivo de aquellas Administraciones Públicas a las que el ordenamiento jurídico les atribuyera alguna facultad de intervención sobre las mismas”.

Tal y como indica el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de junio de 2020, el criterio que diferencia a la tasa de la prestación patrimonial pública no tributaria o tarifa, aparte de su naturaleza, es la condición del ente gestor. Mientras que el precio público se diferencia de dicha tarifa o prestación patrimonial pública no tributaria, no solo por la condición del ente gestor, sino también, por la nota de su exigencia coactiva y obligatoria para los ciudadanos, a diferencia del precio público que se caracteriza por su voluntariedad y por la prestación del servicio en régimen de competencia con el sector privado. En definitiva, las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias no son ni tasa ni precio público.

Por tanto, lo que se percibe de los usuarios por el abastecimiento del agua prestada mediante gestión indirecta (concesión administrativa) es una prestación patrimonial pública no tributaria y no una tasa, por lo que debe aplicarse el régimen jurídico de aquéllas.

El apartado 6º del artículo 20 del TRLRHL exige expresamente que las contraprestaciones que se perciban de los usuarios se regulen mediante ordenanza, tratándose sin duda de una ordenanza no fiscal, porque las prestaciones patrimoniales públicas no son tributarias. Por ello, la modificación de las tarifas deberá seguir el procedimiento general de aprobación de las ordenanzas municipales previsto en el

artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, LRBRL).

Así lo indica la consulta vinculante V1024/2019, de 9 de mayo de 2019, de la DGT, al señalar que desde la entrada en vigor de la norma, deberían haberse adaptado las prestaciones para que en lugar de tasas fueran PPPNT: *“(...) dado que, según se manifiesta, en el municipio de la consulta el servicio público municipal de abastecimiento domiciliario de agua potable se presta por una empresa concesionaria, se debe concluir que, si bien en la prestación económica objeto de análisis concurren las condiciones que le hacen acreedora de la condición de prestación patrimonial de carácter público, dicha prestación no puede ser calificada como tributaria, por cuanto las prestaciones se satisfacen a una sociedad mercantil concesionaria del servicio, por lo que la contraprestación que abonan los usuarios del servicio tendrá la consideración de prestación patrimonial de carácter público no tributario.*

En consecuencia, si la normativa reguladora de la contraprestación a la que se refiere la consulta no está adaptada correctamente a la normativa dimanante de la configuración legal de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario, deberán adoptarse las modificaciones normativas necesarias para dar cobertura jurídica a su exigencia conforme a derecho.

Efectivamente, dado que la contraprestación económica ya no tiene carácter de tasa sino de prestación patrimonial de carácter público no tributario, es necesario adaptar la normativa local a la nueva realidad jurídica establecida por la modificación introducida por la Ley 9/2017 y aprobar la correspondiente ordenanza reguladora de la prestación patrimonial de carácter público no tributario, que ya no tendrá el carácter de ordenanza fiscal”.

QUINTO.- Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que estas prestaciones tienen unos precios intervenidos, cuya determinación corresponde a las Comisiones Autonómicas de Precios. A estos efectos, el último inciso del artículo 20.6 del TRLRHL establece que *“Durante el procedimiento de aprobación de dicha ordenanza las*

entidades locales solicitarán informe preceptivo de aquellas Administraciones Públicas a las que el ordenamiento jurídico les atribuyera alguna facultad de intervención sobre las mismas". Es decir, que el importe de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario no se determina libremente por la entidad prestadora del servicio, sino que está sometido a un control administrativo.

En consecuencia, la su revisión de las tarifas debe seguir los trámites establecidos en la normativa vigente; en concreto, en el Decreto 74/2004, de 18 de mayo, por el que se regula la organización y procedimiento de la Comisión de Precios de la Comunidad Autónoma de Extremadura. En el caso planteado, ha de tenerse en cuenta que el artículo 7.2 del citado decreto simplifica la tramitación, al señalar *“Cuando la revisión de las tarifas en todos sus tramos o conceptos, consista en la actualización de la mismas en función del incremento del Índice de Precios al Consumo (IPC) sectorial de la actividad objeto de valoración, operado en el periodo computable desde la última actualización de tarifas, no será necesario acompañar la documentación establecida en el artículo anterior.*

Se entenderá como IPC sectorial el índice de precios desagregado al nivel de grupo o, en su caso, al nivel mayor de desagregación que mejor represente a la actividad objeto de revisión, según los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística.

No obstante, deberá remitirse para su autorización por la Comisión de Precios, la correspondiente comunicación en la que deberán figurar las tarifas vigentes así como la propuesta de tarifas actualizadas, indicando el porcentaje del incremento”.

SEXTO.- Conforme a la disposición adicional primera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), no resulta exigible seguir el trámite de consulta pública previsto en el artículo 133.1 LPACAP, según ha puesto de manifiesto la sentencia del TS de 31 de enero de 2023.

La nueva ordenanza debería derogar expresamente la anterior, quedando ésta sin efecto a partir de la entrada en vigor de aquélla. En ningún caso podrá aplicarse el incremento de tarifas de forma retroactiva.

De esta forma, vistos los anteriores antecedentes y fundamentos jurídicos, los que suscriben elevan las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La modificación de las tarifas ha de efectuarse a través de la de la correspondiente ordenanza. A tenor del artículo 20.6 del TRLRHL, se trata de una PPPNT, por lo que es necesario adaptar la normativa local a la nueva realidad jurídica, aprobando la correspondiente ordenanza reguladora de la prestación patrimonial de carácter público no tributario, que ya no tendrá el carácter de ordenanza fiscal.

La nueva ordenanza debería derogar expresamente la anterior, quedando ésta sin efecto a partir de la entrada en vigor de aquélla. En ningún caso podrá aplicarse el incremento de tarifas de forma retroactiva (por lo que no es posible la aplicación de las nuevas tarifas a partir del primer trimestre de 2023).

SEGUNDA.- El procedimiento de revisión de tarifas pasa por la emisión previa del informe correspondiente a que se refiere la cláusula 14.4 del PCAP, por parte del concesionario.

El procedimiento a seguir para la modificación de las tarifas será el previsto para las ordenanzas por el artículo 49 de la LRBRL, en el que ha de darse audiencia al contratista. A tenor de la disposición adicional primera de la LPACAP, no resulta exigible seguir el trámite de consulta pública previsto en el artículo 133.1 LPACAP.

Con arreglo al citado artículo 49, la aprobación de la ordenanza se ajustará al siguiente procedimiento:

a) Aprobación inicial por el Pleno.

b) Información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias.

c) Resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas dentro del plazo y aprobación definitiva por el Pleno.

En el caso de que no se hubiera presentado ninguna reclamación o sugerencia, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo hasta entonces provisional.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que se trata de un precio autorizado, por lo que su revisión está sometida al Decreto 74/2004, de 18 de mayo, que exige la tramitación de la autorización de dicha modificación por parte de la Comisión de Precios de la Comunidad Autónoma de Extremadura.